



Función Pública

Concepto 090001 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000090001

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: * RAD_S*

Fecha: 04/03/2020 09:36:16 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEOS. Clasificación. ¿Cuál es la clasificación de quienes prestan sus servicios a una empresa de economía mixta con capital social público superior al 50%, pero inferior del 90%. RAD.: 20209000065272 del 15 de febrero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta varios interrogantes relacionados con la clasificación de quienes prestan sus servicios a una empresa de economía mixta con capital social público superior al 50%, pero inferior del 90%, me permito dar respuesta a los mismos en el mismo orden de su presentación, previas las siguientes consideraciones de tipo legal y en el marco de las competencias atribuidas a este Departamento, que derivan de lo previsto en la Ley 909 de 2004 y de manera particular en el Decreto 430 de 2016 así:

Respecto de la materia objeto de consulta, la Constitución Política, establece:

"ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio." (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con la Constitución Política, tienen la calidad de servidores públicos, entre otros, los trabajadores que prestan sus servicios en las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el literal f) del numeral segundo del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público.

De otra parte, contempla el parágrafo 1° del artículo 38 ibidem que, Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Es preciso destacar que, respecto de la naturaleza y clasificación de los trabajadores de una sociedad de economía mixta, la mencionada Ley 489 de 1998, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 97.- Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

PARÁGRAFO.- Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.”

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, las sociedades de economía mixta se sujetarán a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo de la mencionada norma, los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social, será el de las empresas industriales y comerciales del Estado; es decir, que en el caso que la participación estatal en la sociedad de economía mixta sea en los porcentajes que señala la disposición normativa, sus trabajadores tendrán la calidad de trabajadores oficiales y por excepción la de empleados públicos.

En cuanto a la naturaleza de los trabajadores de una sociedad de economía mixta, es importante remitirse a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, donde establece:

“6.2 El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos.

6.2.1 El artículo 210 de la Constitución Política autoriza al legislador para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. Como dentro de esta categoría se incluyen tanto las sociedades de economía mixta, como las empresas de servicios públicos, debe concluirse que su régimen jurídico es el señalado en la Ley. Ahora bien, el señalamiento del tipo de vínculo que une a los trabajadores de las sociedades de economía mixta o de las empresas de servicios públicos con esta clase de entidades descentralizadas es un asunto que forma parte de la definición del régimen jurídico de las mismas, y que por lo tanto debe ser establecido por el legislador.

De otro lado, según las voces del artículo 365 superior, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Además, de conformidad con el mismo artículo, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, por lo cual quienquiera sea quien los preste, el legislador tiene el deber de regularlos de manera que dicha finalidad social quede garantizada. En tal virtud, como lo ha hecho ver esta Corporación, “puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de “instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado, o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para “el logro de sus fines competenciales” y “el respeto de los principios que rigen la función administrativa, fijando en todo caso límites a dicha intervención” (Destaca la Corte). Esta facultad legislativa se ve corroborada por lo prescrito por el numeral 23 del artículo 150 superior, a cuyas voces corresponde al Congreso “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.(Destaca la Corte)

Así pues, como primera conclusión relevante para la definición del segundo problema jurídico que plantea la presente demanda, se tiene que corresponde al legislador establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos, y que en tal virtud le compete regular la relación que se establece entre dichas entidades y las personas naturales que les prestan sus servicios, pudiendo señalar para ello un régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Ahora bien, como se hizo ver ad supra, en ejercicio de esta facultad el legislador estableció en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que "las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley". (Destaca la Corte) Y el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que "(s)on de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario." (Destaca la Corte)

De manera similar, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Así pues, como segunda conclusión relevante se tiene que, en uso de libertad de configuración legislativa, el Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican que, por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado.

6.2.2. Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el artículo 123 de la Carta señala que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". (Subraya la Corte) A su turno, el artículo 125 ibídem establece que "(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley". Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de "servidor público" es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política. Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

De otro lado, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en su artículo 124 indica que "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva." Así pues, dado que según se ha examinado en las consideraciones precedentes de esta sentencia, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos, por lo cual el legislador puede señalar para ellos un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, en ejercicio de la anterior facultad, el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional la noción de "servidor público" es un género que comprende diferentes especies, como es el caso de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y los trabajadores del Estado, pero ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, por lo cual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

1.- A su primer interrogante, referente a establecer si ¿Los trabajadores de sociedades de economía mixta que desarrolla actividades comerciales y está en competencia con el sector privado cuya participación accionaria es superior al 50% e inferior al 90% qué régimen laboral ostentan?, le indico que, de conformidad con lo previsto en las normas que rigen la materia y que han sido desarrollados en el presente oficio, se tiene que en el caso que la participación accionaria del Estado en la sociedad de economía mixta sea inferior al 90%, sus trabajadores son considerados servidores públicos que se rigen por las disposiciones del derecho privado; es decir, por el Código Sustantivo del Trabajo.

2.- En cuanto a su segundo interrogante, encaminado a determinar si en el caso de que un trabajador de la sociedad de economía mixta que desarrolla actividades comerciales y está en competencia con el sector privado cuya participación accionaria es superior al 50% e inferior al 90%, falte o transgreda los acuerdos realizados con su empleador, ¿Qué procesos y/o procedimientos puede iniciar el empleador?, le indico lo siguiente:

De acuerdo con la anterior respuesta, en el caso descrito se tiene que el trabajador tendrá la calidad de servidor público que se rige por las disposiciones del derecho privado, en virtud de ello, se considera procedente que el interesado revise las condiciones de su contrato, con el fin de determinar, entre otros, su Juez Natural.

Es pertinente destacar que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado legalmente para determinar la responsabilidad de los servidores públicos ni pronunciarse en materia disciplinaria, dicha competencia ha sido atribuida a la Procuraduría General de la Nación, en ese sentido, le indico que sus interrogantes frente al tema los puede dirigir directamente a dicho organismo.

3.- En atención al tercer interrogante de su escrito, referente a establecer si ¿la remuneración percibida por los trabajadores de sociedades de economía mixta que desarrolla actividades comerciales y está en competencia con el sector privado cuya participación accionaria es superior al 50% e inferior al 90% tiene proveniencia y/o connotación del tesoro público de la nación?, me permito indicar que respecto de las condiciones de la participación estatal en las entidades públicas y la naturaleza de sus aportes, la Ley 489 de 1998 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 98.- Condiciones de participación de las entidades públicas. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.

(...)

ARTÍCULO 100.- Naturaleza de los aportes estatales. En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita. El Estado también podrá aportar títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado.

El aporte correspondiente se computará a partir del momento en que se realicen de manera efectiva o se contabilicen en los respectivos balances los ingresos representativos.”

De acuerdo con lo previsto en las normas transcritas, se tiene que en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado, igualmente, señala que los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita. El Estado también podrá aportar títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado.

En ese sentido, se tiene que la participación estatal en las sociedades de economía mixta es diversa, las señaladas en la norma son a título enunciativo y no taxativo, en consecuencia, con el fin de determinar el origen presupuestal de la remuneración de sus trabajadores, se considera

procedente que el interesado dirija sus inquietudes a la misma entidad donde presta sus servicios o en su defecto, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹, anexando la información pertinente que le permita al mencionado ministerio efectuar un pronunciamiento frente al tema.

4.- En atención al cuarto interrogante de su escrito, mediante el cual consulta si ¿Los trabajadores de sociedades de economía mixta que desarrolla actividades comerciales y está en competencia con el sector privado cuya participación accionaria es superior al 50% e inferior al 90% ejecutan un empleo público?, me permito indicar lo siguiente:

Como se indicó al inicio del presente escrito, quienes prestan sus servicios a una sociedad de economía mixta son considerados como servidores públicos (en razón a que prestan sus servicios a una entidad pública), y se rigen por las disposiciones del derecho privado; es decir, por el Código Sustantivo del Trabajo.

Se resalta que, en el caso que el capital social estatal sea igual o superior al 90% el régimen de sus trabajadores se asimila al de quienes prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del estado; es decir, serán considerados como trabajadores oficiales y excepcionalmente como empleados públicos.

Así las cosas, y atendiendo puntualmente su interrogante, le indico que para el caso de sociedades de economía mixta con capital social público inferior al 90% sus trabajadores son considerados como servidores públicos que se rigen por las disposiciones del derecho privado; es decir, no son considerados como empleados públicos.

5.- Respecto de su quinto interrogante, referente a establecer si ¿Los trabajadores de las sociedades de economía mixta que desarrolla actividades comerciales y está en competencia con el sector privado cuya participación accionaria es superior al 50% e inferior al 90% pueden prestar sus servicios en otras empresas o entidades públicas de forma simultánea?, le indico lo siguiente:

De acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia [C-736](#) del 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, cuyos apartes se transcribieron líneas arriba, al ser considerados como servidores públicos quienes prestan sus servicios a una sociedad de economía mixta, les serán aplicables las inhabilidades e incompatibilidades propias de todo servidor público, a menos que el Congreso de la República establezca un régimen particular.

Así las cosas, y como quiera que no se ha expedido un régimen de inhabilidades o incompatibilidades particular para quienes prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta, se considera procedente a las normas generales que regulan la materia.

Frente al particular, el artículo 128 de la Constitución Política establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

En desarrollo del anterior postulado Constitucional, se expidió la Ley [4](#) de 1992², mediante la cual se establecieron excepciones generales a la prohibición Constitucional de recibir más de una asignación del erario público, dicha norma consagra:

“ARTÍCULO 19.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.

f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

De acuerdo con lo anterior, por regla general existe una prohibición Constitucional y legal para, entre otras, recibir más de una asignación de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, arriba transcrita, dentro de las que no se encuentra la de prestar sus servicios más de una empresa o entidad pública de manera simultánea y en virtud de ello recibir más de una asignación salarial.

En consecuencia, el servidor público (como es el caso del trabajador de una sociedad de economía mixta) se encuentra inhabilitado para vincularse de manera simultánea en otra empresa o de institución en la que tenga parte mayoritaria el Estado, por expresa disposición normativa.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. *“Numerales 16 y 19 del Artículo 3° del Decreto 4712 de 2008”*

2. *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:43:01